



## Coletânea da Jurisprudência

### ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

11 de setembro de 2014\*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 89/665/CEE — Artigo 2.º-D, n.º 4 — Interpretação e validade — Processos de recurso em matéria de celebração de contratos públicos — Não produção de efeitos do contrato — Exclusão»

No processo C-19/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Itália), por decisão de 14 de dezembro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 15 de janeiro de 2013, no processo

**Ministero dell'Interno**

contra

**Fastweb SpA,**

estando presente:

**Telecom Italia SpA,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby e C. Vajda (relator), juízes,

advogado-geral: Y. Bot,

secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 20 de março de 2014,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Fastweb SpA, por P. Stella Richter e G. L. Tosato, avvocati,
- em representação da Telecom Italia SpA, por F. Cardarelli, F. Lattanzi e F. S. Cantella, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

\* Língua do processo: italiano.

- em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, M. Szwarc e E. Gromnicka, na qualidade de agentes,
- em representação do Parlamento Europeu, por J. Rodrigues e L. Visaggio, na qualidade de agentes,
- em representação do Conselho da União Europeia, por P. Mahnič Bruni e A. Vitro, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por L. Pignataro-Nolin e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 10 de abril de 2014,

profere o presente

### Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação e a validade do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO L 335, p. 31, a seguir «Diretiva 89/665»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (Ministério do Interior, Departamento de Segurança Pública, a seguir «Ministero dell'Interno»), à Fastweb SpA (a seguir «Fastweb») a respeito da adjudicação à Telecom Italia SpA (a seguir «Telecom Italia») de um contrato público relativo à prestação de serviços de comunicações eletrónicas no âmbito de um procedimento negociado sem publicação prévia de um anúncio de concurso.

### Quadro jurídico

#### *Direito da União*

Diretiva 2007/66

- 3 Os considerandos 3, 13, 14, 21, 26 e 36 da Diretiva 2007/66 enunciam:

«(3) [...] as garantias de transparência e de não discriminação que as [Diretivas 89/665 e 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14),] consagram deverão ser reforçadas, a fim de assegurar que a Comunidade no seu conjunto beneficie plenamente dos efeitos positivos da modernização e da simplificação das regras relativas à adjudicação de contratos públicos alcançados pelas Diretivas 2004/18/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114),] e 2004/17/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos

processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1)]. Por conseguinte, deverão ser introduzidas as precisões necessárias nas Diretivas [89/665] e [92/13] que permitam atingir os resultados pretendidos pelo legislador comunitário.

[...]

- (13) A fim de lutar contra a adjudicação ilegal de contratos por ajuste direto, que o Tribunal de Justiça qualificou como a mais importante violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos por parte de entidades adjudicantes, dever-se-á prever uma sanção efetiva, proporcionada e dissuasiva. Assim sendo, um contrato resultante de uma adjudicação ilegal por ajuste direto deverá, em princípio, ser considerado desprovido de efeitos. A privação de efeitos não deverá ser automática, mas deverá ser confirmada por uma instância de recurso independente ou resultar de uma decisão dessa instância.
- (14) A privação de efeitos constitui o meio mais eficaz de restabelecer a concorrência e de criar novas oportunidades de negócio para os operadores económicos que tenham sido ilegalmente privados da oportunidade de concorrer. As adjudicações por ajuste direto na aceção da presente diretiva deverão incluir todas as adjudicações de contratos sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*, na aceção da Diretiva [2004/18]. Tal corresponde a um processo sem prévia abertura de concurso na aceção da Diretiva [2004/17].

[...]

- (21) O objetivo a atingir com o estabelecimento, pelos Estados-Membros, de regras que assegurem que um contrato seja considerado desprovido de efeitos é o de fazer com que os direitos e as obrigações das partes definidos no contrato deixem de ser exercidos e executados. As consequências decorrentes do facto de um contrato ser considerado desprovido de efeitos deverão ser estabelecidas pelo direito interno. O direito interno poderá assim, por exemplo, prever a anulação retroativa de todas as obrigações contratuais (*ex tunc*) ou, pelo contrário, limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas (*ex nunc*). Tal não deverá conduzir à ausência de sanções rigorosas se as obrigações decorrentes de um contrato já tiverem sido cumpridas integralmente ou quase integralmente. Nesse caso, os Estados-Membros deverão prever também sanções alternativas, tendo em conta a parte do contrato que continua a produzir efeitos nos termos do direito interno. Do mesmo modo, as consequências relativas à eventual recuperação de quaisquer quantias que possam ter sido pagas, bem como todas as outras formas de eventual restituição, designadamente a restituição em numerário quando não seja possível a restituição em espécie, deverão ser determinadas pelo direito interno.

[...]

- (26) A fim de evitar situações de insegurança jurídica que possam resultar da privação de efeitos, os Estados-Membros deverão prever uma exceção para a determinação de não produção de efeitos nos casos em que a entidade adjudicante considere que a adjudicação de qualquer contrato por ajuste direto sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* é autorizada nos termos das Diretivas [2004/18] e [2004/17] e tenha aplicado um prazo suspensivo mínimo que permita recursos eficazes. A publicação voluntária que dá início ao prazo suspensivo não implica o alargamento de qualquer obrigação decorrente das Diretivas [2004/18] e [2004/17].

[...]

(36) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, em especial, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [a seguir 'Carta']. Em especial, a presente diretiva destina-se a assegurar o respeito pleno do direito a um recurso efetivo e a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, em conformidade com os primeiro e segundo parágrafos do artigo 47.º da Carta.»

#### Diretiva 89/665

4 O terceiro considerando da Diretiva 89/665 tem a seguinte redação:

«[...] a abertura dos contratos de direito público à concorrência comunitária requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação e [...] convém, para que dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito».

5 Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665:

«Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva [2004/18], as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.»

6 O artigo 2.º da Diretiva 89/665, com a epígrafe «Requisitos do recurso», prevê, no seu n.º 1:

«Os Estados-Membros asseguram que as medidas tomadas relativamente aos recursos a que se refere o artigo 1.º prevejam poderes para:

[...]

b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa;

c) Conceder indemnizações aos lesados por uma violação.»

7 O artigo 2.º, n.º 7, primeiro parágrafo, da Diretiva 89/665 dispõe:

«Salvo nos casos previstos nos artigos 2.º-D a 2.º-F, os efeitos do exercício dos poderes a que se refere o n.º 1 do presente artigo sobre o contrato celebrado na sequência de uma adjudicação são determinados pelo direito interno.»

8 O artigo 2.º-D da Diretiva 89/665, com a epígrafe «Privação de efeitos», enuncia:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos:

a) Se a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* sem que tal seja permitido nos termos da Diretiva [2004/18];

[...]

2. As consequências decorrentes do facto de um contrato ser considerado desprovido de efeitos são estabelecidas pelo direito interno.

O direito interno pode dispor a anulação retroativa de todas as obrigações contratuais ou limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas. Neste último caso, os Estados-Membros devem prever a aplicação de outras sanções na aceção do n.º 2 do artigo 2.º-E.

[...]

4. Os Estados-Membros devem estabelecer que a alínea a) do n.º 1 do presente artigo não é aplicável caso:

- a entidade adjudicante considere que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* é permitida nos termos da Diretiva [2004/18];
- a entidade adjudicante tenha publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* um anúncio, tal como descrito no artigo 3.º-A da presente diretiva, manifestando a sua intenção de celebrar o contrato, e
- o contrato não tenha sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data da publicação do anúncio.

[...]»

9 Segundo o artigo 3.º-A da Diretiva 89/665, intitulado «Teor do anúncio voluntário de transparência *ex ante*», o anúncio a que se refere o segundo travessão do n.º 4 do artigo 2.º-D deve conter o nome e contactos da entidade adjudicante, uma descrição do objeto do contrato, uma justificação da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso, o nome e contactos do operador económico a favor de quem foi tomada a decisão de adjudicação do contrato e, se adequado, qualquer outra informação considerada útil pela entidade adjudicante.

Diretiva 2004/18

10 O artigo 2.º da Diretiva 2004/18, intitulado «Princípios de adjudicação dos contratos», enuncia:

«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.»

- 11 Nos termos do artigo 31.º da Diretiva 2004/18, com a epígrafe «Casos que justificam o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso»:

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

- 1) No caso dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços:

[...]

- b) Quando, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado;

[...]»

Diretiva 2009/81/CE

- 12 Nos termos do artigo 28.º da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (JO L 216, p. 76), com a epígrafe «Casos que justificam o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso»:

«Nos seguintes casos, as autoridades/entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos recorrendo a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso e justificam o recurso a este procedimento no anúncio de concurso nos termos do n.º 3 do artigo 30.º:

1. No caso dos contratos de empreitada, dos contratos de fornecimento e dos contratos de serviços:

[...]

- e) Quando, por motivos técnicos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado.

[...]»

- 13 O artigo 60.º desta diretiva, sob a epígrafe «Privação de efeitos», dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da autoridade/entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos:

- a) Se a autoridade/entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*, sem que tal seja permitido nos termos da presente diretiva;

[...]

4. Os Estados-Membros devem estabelecer que a alínea a) do n.º 1 do presente artigo não é aplicável, quando:

- a autoridade/entidade adjudicante considere que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* é permitida nos termos da presente diretiva,
- a autoridade/entidade adjudicante tenha publicado um anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, tal como indicado no artigo 64.º, manifestando a sua intenção de celebrar o contrato, e
- o contrato não tiver sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data da publicação do anúncio.

[...]»

#### *Direito italiano*

- 14 A Diretiva 2007/66 foi transposta para o ordenamento jurídico italiano através do Decreto Legislativo n.º 53, de 20 de março de 2010, cujo regime foi incorporado, em seguida, nos artigos 120.º a 125.º do Decreto Legislativo n.º 104, que aprova o Código de Procedimento Administrativo (decreto legislativo n.º 104 — Codice di procedura amministrativa), de 2 de julho de 2010 (suplemento ordinário do GURI n.º 158, de 7 de julho de 2010, a seguir «Código de Procedimento Administrativo»).
- 15 Resulta do artigo 121.º do Código de Procedimento Administrativo que, em caso de violações graves, como uma adjudicação não autorizada de um contrato através de um procedimento negociado sem publicação prévia do anúncio, é necessário, sem prejuízo de derrogações e não obstante o poder de apreciação reservado ao juiz administrativo, privar de efeitos o contrato celebrado no seguimento deste tipo de procedimento.
- 16 Entre as derrogações a esta regra, o artigo 121.º, n.º 5, desse código, que transpõe o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, prevê que um contrato conserva apesar de tudo os seus efeitos quando a entidade adjudicante, por decisão fundamentada anterior ao início do procedimento de adjudicação, tiver declarado que o procedimento sem prévia publicação de anúncio de concurso é permitido pelo Código de Procedimento Administrativo, tiver publicado um anúncio voluntário de transparência *ex ante* e não tiver celebrado o contrato antes de decorridos pelo menos dez dias a contar do dia seguinte à data de publicação deste último anúncio.
- 17 Segundo o artigo 122.º do Código de Procedimento Administrativo, relativo aos outros casos de violação, o juiz nacional estabelece, dentro dos limites fixados neste artigo, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos.

#### **Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

- 18 Resulta da decisão de reenvio que o Ministero dell'Interno celebrou em 2003 um acordo com a Telecom Italia para a gestão e desenvolvimento dos serviços de telecomunicações.
- 19 Estando o termo deste acordo previsto para 31 de dezembro de 2011, o Ministero dell'Interno, por decisão de 15 de dezembro de 2011, designou a Telecom Italia seu fornecedor e parceiro tecnológico para a gestão e desenvolvimento desses serviços.

- 20 Para efeitos da adjudicação do contrato de comunicações eletrónicas, o Ministero dell'Interno considerou poder recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso, previsto no artigo 28.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2009/81 e no artigo 57.º, n.º 2, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006, relativo ao Código dos contratos públicos de obras, de serviços e de fornecimentos em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (decreto legislativo n.º 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), conforme alterado pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de setembro de 2008 (suplemento ordinário do GURI n.º 231, de 2 de outubro de 2008, a seguir «Decreto Legislativo n.º 163/2006»).
- 21 Segundo esta última disposição, a entidade adjudicante pode celebrar um contrato recorrendo a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso «quando, por motivos técnicos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado».
- 22 No caso em apreço, o Ministero dell'Interno considerou que a Telecom Italia era o único operador económico em condições de executar o contrato em causa, por motivos técnicos e atinentes à proteção de determinados direitos exclusivos.
- 23 Tendo obtido, em 20 de dezembro de 2011, o parecer favorável da Avvocatura Generale quanto ao procedimento considerado, o Ministero dell'Interno publicou no mesmo dia no *Jornal Oficial da União Europeia* um anúncio manifestando a sua intenção de adjudicar à Telecom Italia o referido contrato.
- 24 Em 22 de dezembro de 2011, o Ministero dell'Interno convidou a Telecom Italia a participar na negociação.
- 25 Em resultado dessa negociação, as partes subscreveram, em 31 de dezembro de 2011, o acordo-quadro que tinha por objeto «a prestação de serviços de comunicações eletrónicas ao Departamento de Segurança Pública e de Armamento da Polícia, designadamente serviços telefónicos, de telecomunicações móveis e de transmissão de dados».
- 26 O anúncio de adjudicação do contrato foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 16 de fevereiro de 2012.
- 27 A Fastweb interpôs um recurso no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio), com vista à anulação da adjudicação do contrato e à declaração de não produção de efeitos do mesmo, devido ao facto de não estarem reunidos os requisitos previstos no artigo 28.º da Diretiva 2009/81 e no artigo 57.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006, que permitem recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso.
- 28 O Tribunale amministrativo regionale per il Lazio deu provimento ao recurso da Fastweb. Considerou que as razões que fundamentam a utilização desse procedimento, invocadas pelo Ministero dell'Interno, não constituíam motivos técnicos, na aceção do artigo 57.º, n.º 2, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 163/2006, pelos quais o contrato só podia ser executado por um operador económico determinado, mas que se baseavam em razões ligadas à oportunidade. Depois de anular a decisão de adjudicação, o Tribunale amministrativo regionale per il Lazio considerou que não podia, por força do artigo 121.º, n.º 5, do Código de Procedimento Administrativo, privar o contrato celebrado em 31 de dezembro de 2011 dos seus efeitos, na medida em que os requisitos previstos nesta disposição que excluía a aplicação deste princípio estavam preenchidos. Todavia, com fundamento no disposto no artigo 122.º do referido código, considerou o contrato desprovido de efeitos a partir de 31 de dezembro de 2013.

- 29 O Ministero dell'Interno e a Telecom Italia interpuseram recurso desta decisão para o Consiglio di Stato.
- 30 Por despacho de 8 de janeiro de 2013, o Consiglio di Stato confirmou a anulação da adjudicação do contrato, com o fundamento de que o Ministero dell'Interno não tinha demonstrado que os requisitos exigidos para recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso estavam preenchidos. Considerou, com efeito, que os elementos do processo revelavam não uma impossibilidade objetiva de confiar o contrato a operadores económicos diferentes, mas antes o carácter inoportuno dessa solução, essencialmente porque, segundo o Ministero dell'Interno, esta solução implicava mudanças, custos e um período de adaptação.
- 31 A este respeito, embora o Consiglio di Stato saliente que a Diretiva 2009/81 estabelece um regime praticamente equivalente ao previsto na Diretiva 89/665, concentra ainda assim as suas observações na Diretiva 89/665.
- 32 No entanto, tendo dúvidas quanto às consequências que importa retirar da referida anulação no que diz respeito aos efeitos do contrato em causa, tendo em conta a redação do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) O artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva [89/665] deve ser interpretado no sentido de que, se antes de adjudicar o contrato diretamente a um operador económico determinado, escolhido sem publicação prévia de anúncio, uma entidade adjudicante tiver publicado previamente no *Jornal Oficial da União Europeia* o anúncio de transparência e tiverem decorrido, pelo menos, dez dias antes da celebração do contrato, o órgão jurisdicional nacional fica, sempre e em qualquer caso, automaticamente impedido de declarar o contrato desprovido de efeitos, mesmo que tenha constatado [a] existência de uma violação das disposições que, em determinadas condições, permitem adjudicar o contrato sem a realização de concurso?
- 2) O artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva [89/665] — caso seja interpretado no sentido de que exclui a possibilidade de uma disposição de direito interno (no caso vertente, [o] artigo 122.º do Código de Processo Administrativo) declarar a ineficácia do contrato, mesmo que o órgão jurisdicional nacional tenha constatado a existência de uma violação das disposições que, em determinadas condições, permitem adjudicar o contrato sem a realização de um concurso — é compatível com os princípios da igualdade das partes, da não discriminação e da proteção da concorrência, e assegura o direito a um recurso efetivo consagrado pelo artigo 47.º da Carta [...]?»

### Quanto às questões prejudiciais

#### *Quanto à primeira questão*

- 33 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que, quando um contrato público é celebrado sem publicação prévia de um anúncio de concurso e sem estarem reunidos os requisitos exigidos pela Diretiva 2004/18 para recorrer a este procedimento, a referida disposição proíbe que se declare esse contrato desprovido de efeitos, uma vez que a entidade adjudicante publicou no *Jornal Oficial da União Europeia* um anúncio tendo em vista assegurar uma transparência *ex ante* e respeitou, antes da celebração do contrato, um prazo de suspensão mínima de dez dias a contar do dia seguinte ao da publicação do referido anúncio.

- 34 A título preliminar, importa recordar que as disposições da Diretiva 89/665, destinadas a proteger os proponentes contra a arbitrariedade da entidade adjudicante, visam reforçar os mecanismos existentes para assegurar a aplicação efetiva das regras da União em matéria de celebração de contratos de direito público, em especial numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas (acórdão Comissão/Áustria, C-212/02, EU:C:2004:386, n.º 20 e jurisprudência referida).
- 35 Por outro lado, conforme resulta dos considerandos 3 e 4 da Diretiva 2007/66, esta visa melhorar as garantias de transparência e de não discriminação que a Diretiva 89/665 procura assegurar a fim de reforçar a eficácia dos processos de recurso interpostos nos Estados-Membros pelas pessoas com interesse na adjudicação de um contrato.
- 36 O artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 impõe aos Estados-Membros que tomem medidas para garantir que as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da referida diretiva.
- 37 Para este efeito, o artigo 2.º da Diretiva 89/665, com a epígrafe «Requisitos do recurso», dispõe, no seu n.º 1, alínea b), que os Estados-Membros têm de dotar a instância responsável pelos processos de recurso do poder de anular ou mandar anular as decisões ilegais.
- 38 O artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665 exige a este respeito que a instância responsável pelo processo de recurso declare que o contrato seja considerado desprovido de efeitos quando a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* e sem que tal seja permitido nos termos da Diretiva 2004/18.
- 39 No entanto, o legislador da União previu no artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 um exceção a esta regra de não produção de efeitos do contrato. Nos termos desta disposição, a referida regra não é aplicável caso, em primeiro lugar, a entidade adjudicante considere que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* é permitida nos termos da Diretiva 2004/18, em segundo lugar, a entidade adjudicante tenha publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* um anúncio, tal como descrito no artigo 3.º-A da Diretiva 89/665, manifestando a sua intenção de celebrar o contrato e, em terceiro lugar, o contrato não tenha sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data da publicação desse anúncio.
- 40 Uma vez que o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 constitui uma exceção à regra da não produção de efeitos do contrato, na aceção do artigo 2.º-D, n.º 1, da referida diretiva, deve ser objeto de uma interpretação estrita (v., por analogia, acórdão Comissão/Alemanha, C-275/08, EU:C:2009:632, n.º 55 e jurisprudência referida). Todavia, a interpretação desta exceção deve ser feita em conformidade com os objetivos prosseguidos. Assim, este princípio da interpretação estrita não significa que os termos utilizados para definir a exceção prevista no referido artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 devem ser interpretados de maneira a privá-la dos seus efeitos (v., por analogia, acórdão Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, n.º 30 e jurisprudência referida).
- 41 A Fastweb alega que, em conformidade com os objetivos da Diretiva 89/665 assim como com as regras relativas à liberdade de estabelecimento e à concorrência que o direito da União visa concretizar em matéria de contratos públicos, esta exceção é meramente facultativa. A este respeito, alega que resulta dos considerandos 20 a 22 da Diretiva 2007/66 que o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 não exclui a aplicação de sanções mais severas nos termos do direito nacional e, portanto, a possibilidade de o órgão jurisdicional nacional decidir, na sequência de uma ponderação dos interesses gerais e individuais em causa, se há que declarar a não produção de efeitos do contrato.

- 42 A este propósito, importa salientar que, por força do artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 89/665, salvo nos casos previstos nos artigos 2.º-D a 2.º-F desta diretiva, os efeitos do exercício dos poderes a que se refere o n.º 1 do referido artigo 2.º sobre o contrato celebrado na sequência de uma adjudicação são determinados pelo direito interno. Daqui resulta que, para as situações referidas, nomeadamente, no artigo 2.º-D da referida diretiva, as medidas que podem ser tomadas para efeitos dos recursos interpostos contra as entidades adjudicantes são determinadas apenas segundo as regras previstas por esta diretiva. A este respeito, importa salientar que, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 89/665, os casos previstos nos artigos 2.º-D a 2.º-F desta diretiva não estão abrangidos pela regra geral nos termos da qual os efeitos de uma violação do direito da União em matéria de contratos públicos são determinados pelo direito interno. Consequentemente, os Estados-Membros não estão autorizados a prever no seu direito interno disposições relativas aos efeitos das violações do direito da União em matéria de contratos públicos em circunstâncias como as previstas no artigo 2.º-D, n.º 4, desta mesma diretiva.
- 43 Ainda que decorra dos considerandos 13 e 14 da Diretiva 2007/66 que a adjudicação ilegal de contratos por ajuste direto constitui a mais importante violação do direito da União em matéria de contratos públicos, contra a qual importa prever, em princípio, como sanção a não produção de efeitos do contrato, o considerando 26 desta diretiva põe a tónica na necessidade de evitar a incerteza jurídica que poderia resultar dessa não produção de efeitos no caso específico do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665.
- 44 Como salientou o advogado-geral no n.º 57 das suas conclusões, ao introduzir, através do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, esta exceção à regra da não produção de efeitos do contrato, o legislador da União pretende conciliar os diferentes interesses em causa, concretamente, os da empresa lesada, a quem importa reservar a faculdade de instaurar um processo de urgência pré-contratual e a anulação do contrato ilegalmente celebrado, bem como os da entidade adjudicante e da empresa escolhida, que implicam evitar situações de insegurança jurídica que possam resultar da não produção de efeitos do contrato.
- 45 Tendo em conta o exposto, importa constatar que seria contrário tanto à redação como ao objetivo do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 permitir aos órgãos jurisdicionais nacionais declarar que o contrato é desprovido de efeitos quando os três requisitos previstos nessa disposição estão efetivamente preenchidos.
- 46 Não obstante, a fim de alcançar os objetivos visados no artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, designadamente o estabelecimento de vias de recurso eficazes contra as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes em violação do direito dos contratos públicos, importa que a instância responsável pelo processo de recurso exerça uma fiscalização efetiva na verificação do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665.
- 47 Em particular, o requisito previsto no referido artigo 2.º-D, n.º 4, primeiro travessão, diz respeito ao facto de a entidade adjudicante considerar que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* é permitida nos termos da Diretiva 2004/18. Por outro lado, o requisito que figura no segundo travessão do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 prevê que a entidade adjudicante publique no *Jornal Oficial da União Europeia* um anúncio, tal como descrito no artigo 3.º-A da referida diretiva, manifestando a sua intenção de celebrar o contrato. Em conformidade com este artigo 3.º-A, alínea c), o anúncio deve conter a justificação da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia do anúncio de concurso.
- 48 A este respeito, a referida justificação deve evidenciar de forma clara e inequívoca as razões que levaram a entidade adjudicante a considerar que podia adjudicar o contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso, a fim de permitir aos interessados decidir com pleno conhecimento de causa se consideram útil recorrer à instância responsável pelo processo de recurso e a esta última exercer uma fiscalização efetiva.

- 49 Conforme resulta da decisão de reenvio, no processo principal, a entidade adjudicante recorreu ao procedimento de negociação sem publicação prévia do anúncio de concurso com base no artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18. A este respeito, importa recordar que só é possível recorrer ao procedimento de negociação nas circunstâncias enumeradas de forma exaustiva nos artigos 30.º e 31.º da Diretiva 2004/18 e que este processo reveste, em relação aos concursos públicos e limitados, um carácter excecional (acórdão Comissão/Bélgica, C-292/07, EU:C:2009:246, n.º 106 e jurisprudência referida).
- 50 No âmbito da sua fiscalização, a instância responsável pelo processo de recurso deve apreciar se, no momento em que tomou a decisão de adjudicar um contrato recorrendo a um procedimento de negociação sem publicação prévia do anúncio de concurso, a entidade adjudicante agiu de maneira diligente e se podia considerar que estavam efetivamente preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18.
- 51 De entre os elementos que esta instância deve tomar em consideração a este respeito figuram as circunstâncias e as razões, mencionadas no anúncio previsto pelo artigo 2.º-D, n.º 4, segundo travessão, da Diretiva 89/665, que levaram a entidade adjudicante a recorrer ao procedimento de negociação previsto no artigo 31.º da Diretiva 2004/18.
- 52 Se, em resultado da sua fiscalização, a instância responsável pelo processo de recurso verificar que os requisitos previstos no artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 não estão preenchidos, deve, então, declarar o contrato desprovido de efeitos, de acordo com a regra prevista no n.º 1, alínea a), deste artigo. Determina as consequências da declaração de não produção de efeitos do contrato nos termos do artigo 2.º-D, n.º 2, da Diretiva 89/665, em conformidade com o direito interno.
- 53 Em contrapartida, se a referida instância verificar que esses requisitos estão preenchidos, deve manter os efeitos do contrato, nos termos do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665.
- 54 Assim, importa responder à primeira questão que o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que, quando um contrato público é adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* não estando tal autorizado pela Diretiva 2004/18, essa disposição proíbe que esse contrato seja declarado desprovido de efeitos quando estejam preenchidos os requisitos exigidos pela referida disposição, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

#### *Quanto à segunda questão*

- 55 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, em caso de resposta afirmativa à primeira questão, se o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665 é válido à luz do princípio da não discriminação e do direito a um recurso efetivo na aceção do artigo 47.º da Carta.
- 56 A este respeito, a Fastweb alega que a publicação de um anúncio voluntário de transparência *ex ante* no *Jornal Oficial da União Europeia* e o respeito pelo prazo de suspensão mínimo de dez dias entre esta publicação e a celebração do contrato não garantem o respeito pelo princípio da proteção jurisdicional efetiva. Com efeito, tal publicação não garante que os potenciais concorrentes sejam informados da adjudicação de um contrato a um determinado operador económico, designadamente, se a publicação ocorrer durante um período em que as atividades estão reduzidas ou suspensas.
- 57 No que diz respeito ao direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva, o artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta enuncia que toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos nesse artigo.

- 58 Resulta de jurisprudência constante que a fixação de prazos razoáveis de recurso, sob pena de caducidade, no interesse da segurança jurídica, de modo a proteger simultaneamente o particular e a Administração em causa, é compatível com o direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva. Esses prazos não devem ser, na prática, suscetíveis de impossibilitar ou de tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (v., neste sentido, acórdão Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, n.º 30 e jurisprudência referida).
- 59 Por outro lado, as disposições da Diretiva 89/665, destinadas a proteger os proponentes contra a arbitrariedade da entidade adjudicante, visam reforçar os mecanismos existentes para assegurar a aplicação efetiva das regras de direito da União em matéria de celebração de contratos de direito público, em especial numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas. Tal proteção não pode ser eficaz se o interessado não puder invocar essas regras face à entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão Comissão/Áustria, EU:C:2004:386, n.º 20).
- 60 Assim, uma proteção jurisdicional efetiva exige que os interessados sejam informados de uma decisão de adjudicação algum tempo antes da celebração do contrato, a fim de que estes disponham de uma possibilidade real de recurso, designadamente, apresentar um pedido de medidas provisórias até à referida celebração do contrato (v., neste sentido, acórdãos Comissão/Espanha, C-444/06, EU:C:2008:190, n.ºs 38 e 39, e Comissão/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, n.º 33).
- 61 O artigo 2.º-D, n.º 4, segundo travessão, da Diretiva 89/665 garante, ao prever a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* de um anúncio manifestando a intenção de celebrar o contrato, na aceção do artigo 3.º-A da Diretiva 89/665, a transparência da adjudicação de um contrato. Esta disposição visa assim assegurar que todos os candidatos potencialmente afetados possam tomar conhecimento da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia do anúncio de concurso. Por outro lado, em conformidade com o terceiro travessão desta disposição, a entidade adjudicante deve respeitar um prazo de suspensão de dez dias. Assim, os interessados podem contestar judicialmente a adjudicação de um contrato antes de este ser celebrado.
- 62 Por outro lado, importa igualmente salientar que, mesmo decorrido o prazo de suspensão de pelo menos dez dias consecutivos, previsto no artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, os operadores lesados podem intentar uma ação de indemnização, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665.
- 63 A este respeito, conforme resulta do n.º 44 do presente acórdão, importa ter em conta o facto de, com a exceção prevista no artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, o legislador da União pretender conciliar diferentes interesses, concretamente, os da empresa lesada, dando-lhe o direito de instaurar um processo de urgência pré-contratual e de obter a anulação do contrato ilegalmente celebrado, bem como os da entidade adjudicante e da empresa escolhida, ao limitar a insegurança jurídica que poderia resultar da não produção de efeitos do contrato.
- 64 Tendo em conta o exposto, importa constatar que o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, na medida em que prevê a manutenção dos efeitos de um contrato, não é contrário aos requisitos decorrentes do artigo 47.º da Carta.
- 65 O mesmo se aplica ao princípio da não discriminação que prossegue, no âmbito dos contratos públicos, os mesmos objetivos de garantir, nomeadamente, a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros (v., designadamente, acórdãos Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 48, e Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 28). Com efeito, como já foi constatado no n.º 61 do presente acórdão, o artigo 2.º-D, n.º 4, segundo travessão, da Diretiva 89/665 visa assegurar que todos os candidatos potencialmente afetados possam tomar conhecimento da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia do anúncio de concurso e, assim, interpor um recurso dessa decisão tendo em vista fiscalizar a legalidade da mesma.

- 66 Tendo em consideração o exposto, há que responder à segunda questão que o seu exame não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665.

### **Quanto às despesas**

- 67 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

- 1) **O artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que, quando um contrato público é adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* não estando tal autorizado pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, essa disposição proíbe que esse contrato seja declarado desprovido de efeitos quando estejam preenchidos os requisitos exigidos pela referida disposição, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.**
- 2) **O exame da segunda questão não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade do artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2007/66.**

Assinaturas